

Pubblicato il 04/06/2019

Sent. n. 795/2019

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia

(Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

-sul ricorso numero di registro generale 31 del 2018, integrato da motivi aggiunti, proposto da - OMISSIS--OMISSIS-, rappresentata e difesa dall'avvocato Francesco Muscatello, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Bari, Strada Torre Tresca n. 2/A;

contro

Comune di Modugno, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Cristina Carlucci, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Modugno, viale della Repubblica 46;

-per l'annullamento:

-A) Per quanto riguarda il ricorso introduttivo:

- del provvedimento prot. n. [omissis] avente ad oggetto la determinazione di insussistenza del conflitto di interesse a carico del Responsabile del Servizio assetto del territorio, con riferimento alla SCIA in sanatoria;

- del provvedimento prot. n. [omissis] avente ad oggetto la comunicazione di improcedibilità della SCIA in sanatoria;

- della nota Servizio 4 – Assetto del territorio prot. [omissis] recante riscontro alla nota della Regione Puglia prot. [omissis];

- di tutti gli atti presupposti, consequenziali o comunque connessi, ancorché ignoti, in quanto lesivi, e, in particolare: le note del Comune di Modugno prot. n. [omissis] (riscontro richiesta informazione Regione Puglia e Soprintendenza dei beni e delle attività culturali e del turismo), n. [omissis] (prima richiesta di integrazione della SCIA), n. [omissis] (seconda richiesta di integrazione), n. [omissis] (per la diffusione e pubblicazione illegittima di atti interni: non conosciuta) n. [omissis] (riscontro istanza di accesso), n. [omissis] e quelle ignote relative all'indagine interna sulla "fuga di notizie" ed atti, privi di rilevanza esterna;

-B) Per quanto riguarda i motivi aggiunti presentati il 7.2.2018:

-per l'annullamento, previa sospensione

-dell'ordinanza di demolizione e ripristino dello stato dei luoghi n. [omissis].

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Modugno;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 28 novembre 2018 la dott.ssa Rosaria Palma e uditi per le parti i difensori come da verbale di udienza;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. - Con il ricorso introduttivo del presente giudizio, la sig.ra -OMISSIS- ha chiesto l'annullamento del provvedimento di improcedibilità della SCIA in sanatoria, in uno al connesso provvedimento con cui l'Amministrazione civica ha ritenuto insussistente il conflitto di interesse contestato al Responsabile del Servizio Assetto del Territorio, impugnando con successivi motivi aggiunti l'ingiunzione demolitoria e di ripristino dello stato dei luoghi avente ad oggetto opere edilizie realizzate sulla -OMISSIS-, presso gli immobili riportati in catasto urbano al -OMISSIS-, -OMISSIS-, delle quali è stata ritenuta responsabile, sopravvenuta in corso di causa.
2. - Espone, la deducente, di essere proprietaria di un fondo agricolo nell'agro di Modugno, alla contrada -OMISSIS-, -OMISSIS- (individuato catastalmente al -OMISSIS-), sul quale, nel periodo intercorrente tra marzo 2005 ed aprile 2011, dava corso alla ricostruzione parziale dell'antico insediamento rurale/rupestre in conci di pietra calcarea adibito a ricovero e stazionamento di persone, animali e attrezzi agricoli.
3. - L'intervento in questione consisteva, in particolare, nella ristrutturazione della corte - area cortilizia (26,00 metri quadri), del trullo piccolo (5,20 metri quadri) e della pergola - area a portico (10,50 metri quadri).
4. - Precisa, altresì, l'istante che non è stato oggetto di alcun intervento il trullo grande facente parte del compendio immobiliare predetto (13,20 metri quadri), in quanto integro, e che, a conclusione dei lavori, il 5 ottobre 2011 ha proceduto all'accatastamento dell'immobile urbano-rurale.
5. - Una volta completato l'intervento, parte ricorrente ha presentato istanza (prot. n. [omissis]) di SCIA in sanatoria.
6. - Nel corso del relativo procedimento si sarebbe verificata l'indebita diffusione e pubblicazione degli atti istruttori del procedimento di sanatoria, cui si sono aggiunti le interrogazioni consiliari in ordine alla sussistenza di presunti abusi edilizi e l'illegittimo accesso agli atti da parte di alcuni consiglieri comunali.
7. - La dinamica complessiva della vicenda, posta in grande risalto dalla stampa locale, e che ha prodotto riflessi anche in sede penale, indicherebbe, nella prospettazione dell'istante, la volontà di strumentalizzare il procedimento, in ragione dei rapporti di parentela in linea retta della ricorrente con il Sindaco.
8. - L'epilogo della vicenda è costituito dagli atti impugnati con il ricorso introduttivo con i quali il Comune ha dichiarato l'improcedibilità della SCIA in sanatoria, previo accertamento dell'insussistenza della situazione di conflitto di interessi frattanto contestata dalla ricorrente al Responsabile del procedimento.
9. - Avverso tali provvedimenti la ricorrente ha sviluppato le seguenti censure:
 - a) sussistenza del conflitto di interessi del responsabile del procedimento, in particolare sotto il profilo della *culpa in vigilando* in relazione alla diffusione da parte di terzi degli atti endo procedurali relativi al procedimento in esame ed alla illegittimità dell'accesso agli atti da parte dei consiglieri comunali, inosservanza dell'obbligo di astensione;
 - b) illegittimità della declaratoria di improcedibilità della SCIA, sia per invalidità derivata, sia per violazione dei principi del giusto procedimento anche nella considerazione del mancato sopralluogo in loco dei tecnici comunali.
 - c) sufficienza ed idoneità della documentazione prodotta e delle relazioni dei tecnici di parte ad attestare la preesistenza e la consistenza degli immobili oggetto di ristrutturazione con conseguente operatività dell'art. 3 comma 1 lett. d) dpr 380/01.
10. - Con i motivi aggiunti del 7.2.2017, parte ricorrente ha impugnato, sia per vizi derivati che per vizi propri, l'ordinanza di demolizione e ripristino dello stato dei luoghi n. [omissis] sopravvenuta nel corso del giudizio.
11. - Si è costituito per resistere al ricorso il Comune di Modugno.
12. - Con ordinanza n. [omissis] il Tribunale ha accolto la domanda cautelare e sospeso l'ingiunzione demolitoria al fine di mantenere la *res adhuc integra* fino alla definizione del giudizio.

13. - All'udienza pubblica del 28.11.2018, sentite le parti, la causa è stata introitata in decisione.
14. - Il ricorso è infondato per le ragioni che seguono.
15. - Con il primo motivo l'istante lamenta l'illegittimità del provvedimento con il quale il Segretario Generale del Comune di Modugno, nella qualità di Responsabile per la Prevenzione della Corruzione, ha escluso la sussistenza, in capo al responsabile del procedimento, di una situazione di conflitto di interessi in ordine al procedimento in sanatoria attivato dalla ricorrente.
16. - Il Collegio ritiene la doglianza infondata.
- 16.1- L'art. 6-bis della l. n. 7 agosto 1990, n. 241 così dispone *“Il responsabile del procedimento e i titolari degli uffici competenti ad adottare i pareri, le valutazioni tecniche, gli atti endoprocedimentali e il provvedimento finale devono astenersi in caso di conflitto di interessi, segnalando ogni situazione di conflitto, anche potenziale”*.
- 16.2- Tale norma, unitamente alle più specifiche prescrizioni contenute nell'art. 3 DPR 62/2013 (recante il Codice di Comportamento del dipendente pubblico) detta la regola generale del dovere di astensione degli agenti della P.a. che si occupano, a vari titoli, del procedimento amministrativo, e costituisce espressione di un principio recepito già nel codice di procedura civile con una disposizione, l'art. 51 c.p.c., applicabile anche all'attività amministrativa in quanto espressione del principio costituzionale di imparzialità, consacrato nell'art. 97 della Carta Fondamentale (T.A.R. Campobasso, sez. I, 27/10/2016, n.439).
- 16.3- L'ampiezza del dovere di astensione è altresì ulteriormente specificata dalla clausola generale contenuta nell'art. 7 del predetto DPR 62/2013, secondo cui *“Il dipendente si astiene in ogni altro caso in cui esistano gravi ragioni di convenienza”*.
- 16.4- Ora, nel caso di specie, e, impregiudicate, in ogni caso, le diverse valutazioni che dovessero emergere in sede penale, dalle emergenze documentali non risulta che tali principi siano stati violati in assenza di idoneo corredo probatorio atto a dimostrare, da un lato, l'esistenza di un effettivo e concreto interesse del responsabile del procedimento ad impedire la sanatoria richiesta dalla ricorrente; dall'altro, l'utilizzazione, a fini privati, delle informazioni di cui il predetto funzionario disponeva per ragioni di ufficio (art. 3 DPR 62/2013).
- 16.5- A ciò si aggiunga che il responsabile del procedimento si è tempestivamente attivato per denunciare alle autorità competenti la divulgazione e pubblicazione non autorizzata della relazione istruttoria endoprocedimentale relativa al procedimento di condono. Il che postula un comportamento improntato a trasparenza e terzietà diametralmente opposto alla condotta di chi si assume essere portatore di un conflitto di interessi col privato, che obiettivamente consentirà di accertare i fatti ed eventuali responsabilità penali nelle sedi competenti.
- 16.6- Sotto altro aspetto, l'accesso agli atti, ex art. 43 D.lgs. 267/00, da parte dei consiglieri comunali – i quali in ogni caso, come peraltro riferisce la stessa difesa di parte ricorrente, sono stati notiziati solo degli estremi degli atti richiesti- costituisce strumento di controllo e verifica del comportamento dell'Amministrazione, in funzione di tutela di interessi non individuali ma generali, ed è pertanto espressione del principio democratico dell'autonomia locale (ex multis, T.A.R. Firenze sez. I, 30/03/2016, n.563).
- 16.7-L'accesso in questione, infatti, è pacificamente ammesso anche in relazione alle pratiche edilizie, con i limiti, non contestati nella fattispecie, del minor aggravio possibile per gli uffici comunali e del divieto delle richieste assolutamente generiche ovvero meramente emulative (cfr. Consiglio di Stato, Sez. V, 29 agosto 2011 n. 4829).
- 16.8- Di qui i conseguenti obblighi di ostensione a carico dei funzionari dell'Amministrazione comunale intimata.
17. - Con i restanti motivi parte ricorrente contesta, sotto diversi profili di violazione di legge ed eccesso di potere, il provvedimento, come meglio in epigrafe indicato, di improcedibilità della SCIA in sanatoria.
- 17.1- Le censure sono infondate.
- 17.2- L'amministrazione ha motivato il contestato provvedimento sul presupposto della inidoneità della documentazione prodotta a dimostrare in modo incontrovertibile ed oggettivo le dimensioni

planimetriche e volumetriche e le caratteristiche degli immobili preesistenti oggetto dell'intervento. Il Comune ha altresì precisato che non potevano evincersi elementi certi ed oggettivi tali da consentire la verifica della preesistente consistenza del trullo piccolo, del portico e dell'area cortilizia e dimensioni certe, così come richiesto dall'art. 3 comma 1 lett. d) del DPR 380/01 e meglio specificato nel parere del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti.

17.3- Al riguardo, deve osservarsi che l'onere della prova circa la preesistenza e le dimensioni dell'immobile oggetto di condono edilizio spetta al soggetto che ha realizzato la costruzione in assenza di valido titolo assentivo, in quanto la P.A., di norma, non è materialmente nelle condizioni di accertare quale fosse la situazione esistente alla data dell'intervento edilizio non assentito, mentre il privato è normalmente in grado di esibire idonea documentazione comprovante lo stato anteriore del manufatto (ex multis, T.a.r. Campania Napoli, sez. VIII - 2.7.2010 n. 16569).

17.4- Nel caso in esame, il Collegio rileva che le foto aeree dell'Istituto Geografico Militare, risalenti alcune al 1947 ed altre al 1973, allegate alla relazione progettuale, in atti, forniscono un principio di prova esclusivamente dell'esistenza di un manufatto più piccolo ubicato nelle vicinanze del trullo grande.

17.5- In ogni caso, le predette rappresentazioni fotografiche sono assolutamente inidonee (anche in considerazione della loro vetustà e mancanza di nitidezza) a consentire il calcolo delle dimensioni perimetrali della suddetta costruzione e, quindi, del volume e della consistenza del manufatto, che parte ricorrente ha ammesso di aver ricostruito in assenza di legittimo titolo assentivo.

17.6- Nella relazione relativa alla Descrizione progettuale ed di compatibilità paesaggistica del 27.7.2017 il tecnico ha, infatti, dichiarato, alla data dell'intervento, l'implosione del trullo piccolo e delle mura della corte esterna, concludendo genericamente nel senso dell'allontanamento delle pietre per svariati utilizzi all'interno della proprietà.

17.7- Precisa il tecnico di parte, poi, che prima dell'intervento, e dalle foto più recenti, non è possibile rilevare chiaramente la linea di confine delle forme dei corpi di pietra a secco, a causa del degrado degli agenti atmosferici, l'accumulo di depositi incoerenti e la presenza diffusa di microrganismi vegetali.

17.8- Il che postula, da un lato, l'impossibilità per l'Amministrazione civica intimata di verificare tecnicamente l'esattezza del computo della volumetria, in assenza di parametri oggettivi a mezzo dei quali effettuare la dovuta comparazione (conforme Cons. di Stato n. 5701/2004), dall'altro, contrariamente a quanto asserito dalla ricorrente, l'effettiva inutilità del sopralluogo in loco da parte dell'intimato comune, la cui omessa esecuzione avrebbe dato origine alla dedotta illegittimità degli atti impugnati per difetto di istruttoria.

18. - Deve, dunque, ritenersi che, in assenza dei presupposti legali per la concessione della richiesta sanatoria degli abusi edilizi, l'ordinanza di demolizione, sopravvenuta in corso di causa e impugnata con il ricorso per motivi aggiunti, va esente dalle censure prospettate in via derivata, costituendo atto ripristinatorio consequenziale e vincolato nel contenuto.

19. - In relazione, poi, ai dedotti vizi propri dell'atto da ultimo citato, va osservato *in primis*, che l'ordinanza di demolizione non deve essere preceduta dalla comunicazione di avvio del procedimento, trattandosi di misura sanzionatoria per l'accertamento dell'inosservanza di disposizioni urbanistiche, adottata in base ad un procedimento di natura vincolata in relazione al quale il mancato rispetto delle garanzie partecipative si atteggia a vizio non invalidante, ex art. 21 octies legge 241/90 (ex multis, T.A.R. Napoli, sez. VII, 15/03/2019, n.1448).

20.- La P.A ha fatto, poi, corretto governo della fattispecie quanto all'applicazione, ai lavori di ricostruzione eseguiti in zona di vincolo, dell'art. 31 D.p.r 380/2001, poiché, a fronte della mancata prova della consistenza delle volumetrie, il regime dell'ingiunzione demolitoria segue quello previsto per le opere realizzate in assenza o in difformità del permesso di costruire (acquisizione gratuita di diritto al patrimonio comunale del bene e dell'area di sedime), piuttosto che quello, più mite, previsto per le opere di ristrutturazione in assenza o in difformità di titolo (art. 33 dpr 380/01).

21. - Da ciò discende altresì l'infondatezza della censura relativa alla illegittima previsione della sanzione pecuniaria nella misura massima per il caso di inottemperanza all'ordine demolitorio. Nel

caso in esame, infatti, trova applicazione l'art. 31 comma 4 bis secondo cui *“La sanzione, in caso di abusi realizzati sulle aree e sugli edifici di cui al comma 2 dell'articolo 27, ivi comprese le aree soggette a rischio idrogeologico elevato o molto elevato, è sempre irrogata nella misura massima.*

22. - In conclusione, il ricorso ed i motivi aggiunti devono essere respinti siccome infondati.

23. - Sussistono, tuttavia, in ragione dell'evidente complessità della vicenda in esame, giusti motivi per compensare integralmente tra le parti le spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia, sede di Bari (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sul ricorso e sui motivi aggiunti, come in epigrafe proposti, li respinge entrambi.

Spese compensate.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Vista la richiesta dell'interessata e ritenuto che sussistano i presupposti di cui all'art. 52, comma 1, d.lgs. 30 giugno 2003 n. 196, a tutela dei diritti o della dignità della parte interessata, manda alla Segreteria di procedere all'oscuramento delle generalità nonché di qualsiasi altro dato idoneo ad identificare la ricorrente nonché le altre parti del giudizio.

Così deciso in Bari nella camera di consiglio del giorno 28 novembre 2018 con l'intervento dei magistrati:

Carlo Dibello, Presidente FF

Francesco Cocomile, Consigliere

Rosaria Palma, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

Rosaria Palma

IL PRESIDENTE

Carlo Dibello

IL SEGRETARIO

In caso di diffusione omettere le generalità e gli altri dati identificativi dei soggetti interessati nei termini indicati.